Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

dieses dennoch nicht gethan hat, würde demnach auch noch ein indirectes Argument für die Aufhebung jener früheren Vorschrift abgeben, wenn es, nach dem Bisherigen, eines solchen noch bedürfen sollte. Wahrscheinlich hing diese Aenderung mit dem damaligen Zustande des Grunderwerbes zusammen. Bey den so vervielfachten gesetzlichen und privilegirten Hypotheken, wogegen nicht einmal die größte Vorsicht den Käufern Sicherheit zu gewähren im Stande war, läßt es sich leicht erklären, warum Justinian auch nicht einmal mehr die Erwerbung von Grundstücken für so sicher hielt, daß er sie den Vormündern zur Pflicht machen wollte. Darum wird auch dem Vormunde, wenn er freywillig auf seine Gefahr dergleichen Ankäufe machen will, ausdrücklich angerathen, darauf zu sehen, daß der venditor *idoneus* sey, bey dem von solchen Hypotheken nichts leicht zu befürchten sey. Endlich können auch andere damalige Zeitverhältnisse, besonders die hohen öffentlichen Abgaben, welche auf den Grundstücken und deren Ertrage ruhten, von denen wir nicht genauer unterrichtet sind, zu der Vorschrift von Justinian mitgewirkt haben. Daher werden auch die *immodicae functiones publicae* ausdrücklich in unserer Stelle mit erwähnt.

III.

Ueber das *Beneficium non deducta deducendi et non probata probandi.*

Vom Herrn Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle.

Das sogenannte Beneficium non deducta deducendi et non probata probandi verdankt unstreitig seinen Ursprung dem römischen Rechte. Das römische Recht kannte die Wie-

dereinsetzung in den vorigen Stand, wegen neu aufgefundener Thatsachen oder Beweismittel, in der Eigenschaft eines Rechtsmittels gegen das Endurtheil nicht, und so fand es kein anderes Mittel, die Strenge des förmlichen Rechts zu mildern, als daß es gestattete, ein neues Vorbringen mit der Appellation zu verbinden. Dieses ergibt sich aus der Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximian (c. 6. C. VII. 62. *de appellat.*), welche im §. 1. mit ausdrücklichen Worten besagt: »Si quid autem in agendo negotio *minus se allegasse* litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit *omissum*, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur, cum votum gerentibus nobis aliud nihil in judiciis, quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa, non excludenda videtur.« Weniger bestimmt drückte sich dagegen das römische Recht über den diesem beneficio zu gestattenden Umfang aus. Es scheint daher Anfangs sehr gemißbraucht worden zu seyn; denn Justinian fand für nothwendig, in der c. 4. C. VII. 63. *de temporib. et reperat. appell.* zu verfügen: — »Ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus, tam appellatori quam adversae parti, novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus, quae non *ad novum capitulum* pertinent, sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae. Sed et si qua dicta quidem allegatio monstrabitur, vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud servos cognitores sine procrastinatione praeberi poterunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis jam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine;« womit die Schlußworte des c. 37. C. VII. 62. *de appellat.*: — »Novae etiam assertiones a partibus apud eundem, vel eosdem judices *addi*, ad exemplum consultationis ad sacrum nostrum palatium introducendae permittimus;« zu verbinden sind. Diese Verfügungen

ergeben so viel, daß Beschwerde an und für sich Bedingung der Appellation war, und eine solche, der Sachlage nach, wirklich in dem unterrichterlichen Endurtheil liegen mußte; wogegen das neue Vorbringen nur erlaubt war, man dasselbe nur seinen Beschwerden hinzufügen, und sein Recht also durch neues Vorbringen unterstützen konnte. Dagegen durfte, um von dieser Erlaubniß Gebrauch zu machen, jenes kein solches seyn, wodurch die Sachlage verändert, oder eine mutatio status causae herbeygeführt wurde.

Das canonische Recht hat diesem Grundsatze des römischen Rechts nichts hinzugefügt; erst die Reichsgesetzgebung war es, welche sie näher bestimmte.

Daß nämlich stets eine Beschwerde gegen das frühere Erkenntniß nach der damaligen Actenlage erforderlich seyn müsse, um mit derselben ein neues Vorbringen in der zweiten Instanz zulässig zu machen, wurde dadurch über allen Zweifel erhoben, daß für den Fall, wo die Parthey ihre Vertheidigung nur auf neues Vorbringen gründen wollte, das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und zwar bey derselben Instanz eingeführt wurde [1]). Und die Kammergerichtsordnung Thl. III. Tit. 33. §. 5. erklärte die einer Mißdeutung fähigen Worte des c. 4. C. cit. dahin: »daß die neuen Artikel der Klag in erster Instanz eingebracht, gemeß und aus derselbigen gezogen seyen, und nitt auff andere Klagen oder sachen, darumb nitt geklagt, gestellt werden;« denn mit großer Bestimmtheit wurde hier verordnet, daß das neue Vorbringen weder eine Veränderung der Klage (genus actionis), noch eine Veränderung des Streitgegenstandes (objecti litis) enthalten solle. Mithin wurde durch diese gemeinrechtlichen Verfügungen, die sich auch in den meisten Provincial-Prozeßordnungen, bey denen man die Kammer-

1) S. Gönner Handbuch. Bd. III. Nro. LX. §. 15. 16.

gerichtsordnung zum Grunde legte [2]), beybehalten finden, der Umfang des beneficii non deducta deducendi et non probata probandi dahin festgestellt:

1) Daß das angeführte Novum nicht ganz allein dastehen dürfe, sondern vielmehr mit einer Beschwerde gegen das Erkenntniß der unteren Instanz, der damaligen Actenlage nach, verknüpft, mithin als Unterstützung dieser Beschwerde beygebracht worden sey;

2) daß dasselbe aus demselben der Klage untergelegten Klaggrunde sich ergeben muß, mithin nie eine Veränderung desselben beabsichtigen darf;

3) und daß es nur unter diesen Bedingungen gestattet sey, dieses neue Vorbringen durch einen neuen Beweis darzuthun.

Eine sehr wichtige Frage ist es dabey, ob das *Beneficium novorum* auch die Befugniß herbeyführe, daß es dem Appellanten verstattet werden könne, »nach Ablauf der Beweisfrist,« neue Beweismittel in der zweiten Instanz vorzubringen, um aus denselben den Beweis zu führen, oder durch dieselben den bereits in erster Instanz geführten zu ergänzen?

Unter den Processualisten ist diese Frage theils im Allgemeinen, theils in besonderer Berücksichtigung eines von Neuem zu führenden Zeugenbeweises, ganz ausnehmend bestritten. Hier möge vorläufig nur die allgemeinere Frage zu erörtern seyn, ob nämlich bey Ausführung neuer Beweise in der zweiten Instanz, diese an den Beweistermin der ersten Instanz gebunden seyen, oder nicht?

Der jüngste Reichsabschied von 1654 §. 73. knüpft, ohne von dem Innehalten eines Beweistermins etwas zu sagen,

---

2) z. B. im Hannöverischen, die Calenberg. Canzleyordn. Tit. 30. §. 9. Oberappellationsgerichtsordnung p. 1. Tit. 3. §. 30.

oder der Wirkungen einer vorausgegangenen Desertion des Beweises, oder einer ausgesprochenen Präclusion mit demselben zu gedenken, die Zulässigkeit des beneficii novorum an die Ausschwörung eines, von ihm sogenannten Appellationseids, nämlich dahin, daß Producent zu schwören schuldig seyn solle: »daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches Alles zur Erhaltung seines Rechtens dienlich und nothwendig sey.«

Die verschiedenen Ansichten der Rechtslehrer über die Einwirkung einer statt gefundenen Desertion des Beweistermins oder einer Präclusion mit dem Beweise, neben dem ausgeschworenen Appellationseide, und in Bezugnahme auf denselben, sind nun folgende:

I. Einige [3]) nehmen gar keine Rücksicht auf jene Desertion oder Präclusion, weil die Zulässigkeit des beneficii novorum lediglich und allein durch die Ausschwörung jenes vorgeschriebenen Appellationseides bedingt sey, es mithin auf den Beweistermin, also auch weder auf den Ablauf desselben, noch auf die geschehene Präclusion mit dem Beweise ankommen könne.

II. Andere [4]) unterscheiden, ob der Producent wirklich innerhalb des ihm von dem Unterrichter gesetzten Beweis-

---

3) *Feischel* D. de beneficio probandi secundae instantiae. cap. VII. §. 46. ff. *Gasser* D. de beneficio n. d. d. et n. p. p. Hal. 1722. §. 14. ff. Gönner Handbuch. Bd. III. Nro. LX. §. 16. v. Almendingen kleine jurist. Schriften. Bd. IV. S. 210.

4) *Hulderic. ab Eyben* Opera. p. 444. §. 21. *ab Engelbrecht* Observ. select. forens. obs. 59. Martin Lehrbuch des Prozesses. §. 281. Anm. r.

termins, den Beweis in erster Instanz angetreten habe, oder ob er solches nicht gethan habe, vielmehr der auferlegte Beweis für desert erklärt, oder der Producent mit demselben präcludirt worden sey?

Nur in dem ersteren Falle geben sie dem Producenten die Befugniß, auch noch nach Ablauf des Beweistermins seinen in erster Instanz für verfehlt erklärten Beweis in der zweiten durch neue Beweismittel (mit einiger Beschränkung des Zeugenbeweises, worauf es jedoch hier nicht ankömmt) noch zu ergänzen, wollen diese Befugniß jedoch dem Producenten im letzteren Falle versagen, indem sie annehmen, daß die angezogene Vorschrift des jüngsten Reichsabschieds unmöglich auf den Fall anzuwenden sey, wenn dem Producenten die Desertion der Beweisfrist oder die Präclusion mit dem Beweise entgegenstehe, weil er dann, seiner Nachlässigkeit wegen, keine Begünstigung verdiene.

Sie beschränken diese letztere Annahme jedoch wieder dahin, daß sie in diesem letzteren Falle den Producenten auch dann noch mit dem in zweiter Instanz angebotenen Beweise zulassen, wenn er gegen die Desertion oder Präclusion eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erbeten, und erwirkt haben werde.

III. Noch Andere [5]) erkennnen es an, daß nach dem jüngsten Reichsabschiede auf die Desertion und Präclusion keine Rücksicht genommen werden könne, und daß mithin eben so wenig auf den Ablauf des von dem Richter erster Instanz festgesetzten Beweistermins zu sehen sey. Dagegen aber soll den Producenten die Desertion des Beweistermins allerdings verhindern, sich des beneficii novorum zu bedienen, wenn ein Provincialge-

5) *Mevii* Decision. p. II. Nro. 235. *Geo. Lud. Boehmer* Princip. jur. canon. Ed. VI. §. 840.

setz ausdrücklich einen peremtorischen Beweistermin festgesetzt habe.

Um diese widersprechenden Ansichten zu vereinigen, und die bessere aus denselben auswählen zu können, werden folgende Fragen einer näheren Untersuchung bedürfen:

A. In welchen Fällen läßt sich bey dem Beneficio non deducta deducendi et non probata probandi eine Einwirkung der Desertion des Beweistermins und der Präclusion mit dem Beweise, überall als möglich denken?

B. Hat der jüngste Reichsabschied auch noch neben der Bedingung der Zulässigkeit des beneficii durch die Ausschwörung des Appellationseides, eine solche Einwirkung auf dasselbe gestattet?

C. In wiefern würden jene Bestimmungen des jüngsten Reichsabschieds durch die provincialrechtliche Festsetzung einer peremtorischen Beweisfrist abgeändert worden seyn?

A.

Frägt es sich nun, in welchen Fällen sich bey dem *Beneficio non deducta deducendi et non probata probandi* eine Einwirkung der Desertion des Beweistermins und der Präclusion mit dem Beweise, „überall als möglich" denken lasse? — eine Frage, deren Erörterung für die einzelnen Möglichkeiten, der Natur der Sache nach, nothwendig ganz verschiedene Resultate geben muß, — so ist dieselbe von keinem der aufgeführten Rechtslehrer ins Auge gefaßt worden, und daher konnte es nicht fehlen, daß manche ihrer aufgestellten allgemeinen Grundsätze eine bedeutende Beschränkung erleiden müssen, möchten sie auch an und für sich noch so wahr und richtig seyn.

Durch das Beneficium non deducta deducendi

et nondum probata probandi kann nämlich bezweckt werden:

a) Eine neue Deduction der bereits in den bisherigen Verhandlungen liegenden Merkmale, um daraus die Rechtmäßigkeit des Anspruchs und die Verletzung darzuthun, welche demjenigen, der sich dieses beneficii bedient hat, das beschwerende Urtheil zufügte.

In diesem Falle kann von einer Desertion oder Präclusion mit der in erster Instanz versäumten Deduction nicht die Rede seyn, weil der Richter ohnehin auf den Grund jener Merkmale hätte erkennen müssen, wenn auch die Parthey aus denselben keine Ausführung ihrer Rechte vorgenommen haben würde.

b) Oder die Anführung eines zwar auf das Klagfundament sich beziehenden, aber noch nicht vorgebrachten Thatumstandes, und die Angabe der Beweismittel, um solchen darzuthun, und dadurch das Gewicht des Anspruchs besser zu begründen.

Hierbey lassen sich folgende Fälle als möglich denken:

aa) Der Kläger hat seine Klage auf einen Hauptumstand gegründet, ist aber mit dem Beweise desselben desert geworden, oder präcludirt.

Dann kann diese Präclusion dem Beweise eines Nebenumstandes, falls er nur nicht als neuer Klaggrund in die Stelle des alten, den die Desertion oder Präclusion getroffen hat, treten soll, als in welchem Falle er zurückgewiesen werden müßte, nicht präjudiciirlich seyn.

bb) Der Kläger hat den Hauptumstand zum Theile erwiesen, und bringt jenen neuen Nebenumstand zur Vervollständigung des Beweises, z. B. durch Vermuthungen, und zugleich die Beweismittel darüber bey.

Dann kann gleichfalls nicht von einem Ablaufe der Beweisfrist die Rede seyn, weil für den Nebenumstand eine andere Beweisfrist läuft, als solche in Betreff des Hauptumstandes lief.

Diese Entscheidung dieser beiden Fälle (aa. und bb.) ist die unmittelbare Folge aus der gesetzlichen Erlaubniß, geeignete Nova in der zweiten Instanz aufstellen zu dürfen; denn wenn die Aufstellung derselben verstattet ist, so muß auch der Beweis derselben verstattet seyn, weil der Kläger durch deren Aufstellung nichts gewinnen würde, sobald der Gegner die Nova ohne weiteres in Abrede stellte.

cc) Der Producent hat zwar die zu beweisende Thatsache in erster Instanz aufgestellt, aber den Beweis derselben während der gehörigen Frist nicht angetreten, oder ist mit demselben präcludirt.

Dann würde diese Desertion und Präclusion in der zweiten Instanz, nach allgemeinen Prozeßgrundsätzen, allerdings gegen ihn geltend gemacht werden können, wenn eine peremtorische Beweisfrist existirt, und er nicht eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen deren Ablauf erwirkt haben würde.

dd) Der Producent hat die zu beweisende Thatsache in erster Instanz aufgestellt, und den Beweis derselben ordnungsmäßig angetreten, seine Beweisführung ist aber für verfehlt erklärt; und er sucht nun jene Thatsache durch neue Beweisführung in zweiter Instanz darzuthun.

Auch in diesem Falle würde eine peremtorische Beweisfrist, wenn eine solche Statt fand, und deren Ablauf gegen ihn geltend gemacht werden können, wenn er keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen denselben erwirkt haben würde.

ee) Der Beklagte sucht sich gegen die Ansprüche des Klägers in zweiter Instanz durch neue, zur Ausfüh-

rung in derselben geeignete Einreden zu schützen, und diese zu beweisen.

Sind dieses nicht solche privilegirte Einreden, die in jeder Lage des Prozesses zulässig sind, so kann ihm allerdings die gesetzliche oder gerichtliche Präclusion mit denselben entgegengesetzt werden.

Die Entscheidung dieser letzteren drey Fälle (cc. dd. ee.) setzt nämlich voraus, daß, ihrer Natur nach, allerdings eine Präclusion möglich war, insofern das Gesetz eine peremtorische Frist zur Einbringung sämmtlicher Einreden oder sämmtlicher Beweismittel, und zur Führung des Beweises selbst, festgesetzt oder dem Richter festzusetzen gestattet hat.

Mithin gibt die Aufzählung dieser möglichen Fälle (die sich vielleicht noch vermehren lassen) und deren Bezweckung durch das Beneficium non deducta deducendi et non probata probandi das Resultat:

»daß diejenigen Fälle sorgfältig zu unterscheiden sind,
»bey welchen, ihrer Natur nach, eine Einwirkung
»der Desertion oder Präclusion denkbar ist, oder
»nicht;«

und daß mithin bey allen solchen Novis, wobey eine solche Einwirkung nicht möglich ist, auch von keinen Wirkungen einer Desertion oder Präclusion die Rede seyn kann.

Dagegen wird aber nun ferner zu untersuchen seyn, in wiefern, den positiven Gesetzen nach, die Desertion oder Präclusion bey dem Anführen derjenigen neuen Thatsachen oder der Ausführung derjenigen neuen Beweise, welche allerdings, ihrer Natur nach, einer Einwirkung derselben unterliegen können, von Wirksamkeit sey, und frägt es sich daher:

B.

Ob der jüngste Reichsabschied eine solche Einwirkung, auch noch neben der Bedingung

der Zulässigkeit des *beneficii* durch die Ableistung des Appellationseides, auf dasselbe gestattet hat?

In Bezug auf diese Frage muß ich mir zuvor einige geschichtliche Bemerkungen vorzutragen erlauben.

Das römische Recht, welchem, wie oben bemerkt worden ist, das Beneficium novorum seinen Ursprung verdankt, kennt keinen peremtorischen Beweistermin, und zwar einen solchen, so wenig seiner Eigenschaft nach (als präjudicielle Frist im Allgemeinen), als seiner Zeitdauer nach (als präjudicielle Frist von bestimmter Dauer) [6].

Die Beweise, welche zugleich mit dem Vortrage der Thatsachen verbunden werden mußten, konnten vielmehr bis zu dem nächsten Endurtheile beygebracht werden [7]. Das römische Recht gestattete daher die in diesem Beneficio befangenen neuen Beweise, ohne alle Rücksicht auf irgend einen Beweistermin, mit den in der Appellations-Instanz vorgetragenen Thatsachen zu verbinden [8]. Auch das canonische Recht gestand gleichfalls dem Producenten die Befugniß zu, in der zweiten Instanz neue Umstände oder Beweise vorzubringen [9], und zwar ohne Rücksicht irgend eines Beweistermins, da ihm ein peremtorischer gleichfalls unbekannt ist [10], ja selbst ohne eine Bescheinigung oder einen Eid,

---

6) Solches ist gegen *Leyser* Med. ad Pand. Sp. 258. med. 2. auf das bündigste erwiesen von *J. H. Boehmer* Jus eccl. Protest. L. II. tit. 19. §. 13. *Koch* D. de initio termini probat. Giess. 1785. §. 4. Gönner Handbuch. Thl. II. Nro. XXXVII. Martin Lehrbuch. §. 177.

7) c. 4. C. VIII. 36. *de exceptionib.* c. 14. C. IV. 20. *de testibus.* Schweppe römische Rechtsgeschichte. §. 571.

8) c. 6. §. 1. C. VII. 62. *de appellat.* c. 4. C. VII. 63. *de tempor. et repar. appell.*

9) Clem. 5. (II. 2.) *de appellat.*

10) *J. H. Boehmer* a. a. O. *Koch* a. a. O.

daß die neuen Gründe oder Beweismittel erst jetzt entdeckt seyen, zu verlangen [11]).

Die erste Kammergerichtsordnung vom Jahre 1500. Art. XV. §. 9. u. 10. bestätigte die Befugniß des Appellanten, neue Thatsachen und Beweise vorzubringen, ohne alle Beschränkung; wobey es gleichfalls nicht außer Acht gelassen werden darf, daß diese und alle übrigen gleich namhaft zu machenden Reichsgesetze, bis auf den jüngsten Reichsabschied einschließlich, keinen peremtorischen Beweistermin kennen [12]).

Ein Gleiches geschah durch die zweite Kammergerichtsordnung vom Jahre 1507. Abs. XXXVI. Art. 3. §. 11. ff.; doch verfügte sie ganz im Allgemeinen im Art. 1. §. 5., daß bey der Rechtfertigung der Appellation ein allgemeiner Eid vor Gefährde, jedoch nur, wenn die eine oder andere Parthey solches verlangen würde, ausgeschworen werden solle. Dieser Eid war also bis dahin der eigentlich sogenannte Appellationseid nicht, wie sich solches noch klarer aus der Kammergerichtsordnung von 1555. Thl. III. Tit. 32. §. 6. ergibt, worin es heißt; „Vnd soll alsbald darauf das juramentam calumniae auff der Partepen oder ihr einer Begehren, vnangesehen, obgleich solcher eid in erster Instanz auch geschehen, geschworen werden.“

Daß durch die Kammergerichtsordnung von 1555. der Umfang des beneficii novorum genauer bestimmt worden sey, als durch das römische Recht, ist oben bereits bemerkt worden; aber in Hinsicht der Ausübung des beneficii hat auch dieses Gesetz keine weitere Bestimmung gegeben.

Merkwürdig ist es nun, daß das Kammergericht durch einen gemeinen Bescheid vom 13. Dec. 1593. die solcherg stalt unbeschränkt gebliebene Beybringung der Novorum einiger-

---

11) Solches ist gegen Danz ord. Prozeß §. 416. von Gönner Handb. Bd. III. Nro. LX. §. 10. dargethan.

12) *Boehmer*, *Koch*, Martin a. a. O.

maßen dadurch bedingen wollte, daß der Appellant außer den Beschwerden, auch besonders anzeigen solle, was er ferner, als zuvor geschehen, und welcher Gestalt er von Neuem zu beweisen begehre, »sonsten die Gravamina nicht zugelassen werden sollten [13]; « indessen wurde dieser gemeine Bescheid durch den Deputationsschluß von 1600. §. 114. wieder aufgehoben und cassirt, also die unbeschränkte Zulässigkeit des neuen Vorbringens wiederholt anerkannt.

Dagegen geschah ein näherer Schritt zur Beschränkung des neuen Vorbringens in dem Concept der verbesserten Kammergerichtsordnung vom Jahre 1613, in welchem zwar jener Eid ebenfalls noch als ein juramentum calumniae vorkömmt, welches auf der Partheyen oder einer derselben Begehren ausgeschworen werden soll, indessen die Formel desselben schon bestimmter auf das neue Vorbringen bey Appellationen gerichtet, erscheint. Es heißt nämlich in dieser Formel (Concept, Thl. III. Tit. 38. §. 15.), »daß sie — schwören sollen, daß sie — von ihrem neuen Vorbringen, so ihnen bereits bey Ablegung des Eides vorkommen, oder in Vollführung der Appellation vorkommen möchte, in erster Instanz keine Wissenschaft gehabt, oder dieselbe dazumal einzubringen nicht vermocht, oder vor undienlich und unnöthig gehalten, nunmehr aber dafür halten, daß es zu Erhaltung des Rechtens dienlich sey; Alles getreulich und ohne Gefährde.«

Indessen trat die wirkliche Beschränkung des neuen Vorbringens, oder die Bestimmung einer Bedingung, an welche die Zulässigkeit desselben geknüpft wurde, erst durch den jüngsten Reichsabschied von 1654 ein; wiewohl auf eine andere Art, als man solches, nach der Fassung der übrigen, in demselben enthaltenen Verfügungen hätte erwarten dürfen.

---

13) *Bergmann* Corp. jur. judiciar. academ. S. 261.

Eben so gerecht, als zur Verbesserung der Rechtspflege angemessen, bestimmte nämlich dieses Reichsgesetz eine peremtorische Frist in Hinsicht der Einreden, indem es verfügte, daß dieselben bey Strafe ihres Verlustes mit der Litiscontestation vorgeschützt werden sollten (§§. 38. 78.); bestimmte es ferner, daß die präjudiciellen Fristen, welche durch den Richter vorgeschrieben würden, sub poena praeclusionis eingehalten werden sollten, so wie die Folgen dieser Präclusion (§. 97.), und so hätte man also billig erwarten dürfen, daß auch die Zulässigkeit des neuen Vorbringens an jene Bestimmungen über die Desertion und Präclusion gebunden worden wären.

Dieses geschah aber keinesweges; vielmehr wurde nur der in der Appellations-Instanz übliche, früher blos von dem Begehren der Partheyen abhängige Eid vor Gefährde, von diesem Begehren unabhängig gemacht, und in einen förmlichen, nun sogenannten Appellationseid umgeschaffen, welcher von dem Appellanten im ersten Termine sub poena desertionis, nothwendig ausgeschworen werden mußte. In Bezug auf das Beneficium novorum blieb dagegen die Eidesformel im Ganzen diejenige, wie sie in dem Concepte der Kammergerichtsordnung gegeben war, nämlich: „daß Appellant von seinem neuen Vorbringen novorum deducendorum, so ihm bereits bey Ablegung des Eids vorkommen, oder in Vollführung der Appellation vorkommen möchten, in erster Instanz keine Wissenschaft gehabt, oder dieselben dermalen einzubringen nicht vermocht oder für undienlich und unnöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß die ihm zur Behaltung des Rechts dienlich sey (§. 118.)“ Außerdem wurde verfügt: „Wie ebenmäßig bey dem Ausschlag des Deputationsabschiedes von 1600, und daselbst angezogener Ordnung P. III. tit. 33. nochmalen bewenden; also, daß in dieser Instanz nicht allein, nach Ausweis gemein beschriebener Rechten, was in priori instantia nicht vorgekommen oder deducirt worden, de novo zu deduciren

und zu beweisen, sondern auch, was in voriger Instanz allbereit vorgebracht, ferner und besser zu beweisen verstattet werden solle; jedoch mit dieser Maaß und Bescheidenheit, daß Appellant bey Einführung des Processes sich zum Aid erbieten und denselben dergestalt zu leisten vor allen Dingen schuldig seyn solle, daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig geachtet, nunmehr aber davor halte, daß solches alles zur Behaltung seines Rechtens dienlich und nothwendig seye. Gleiche Meinung hat es mit dem Appellaten, wenn derselbe in zweiter Instanz etwas neues vorbringen wollte (§. 73).“

Da mithin dieses Gesetz in Hinsicht der Zulässigkeit des neuen Vorbringens, auf die gemein beschriebenen Rechte, also das römische und canonische Recht verwieß, und außer den in denselben aufgestellten Bedingungen, jene Zulässigkeit lediglich und allein von der Ausschwörung des Appellationseides abhängig machte, so folgt hieraus ganz klar, daß auf eine Desertion des Beweistermins, oder auf eine Präclusion mit dem Beweise ganz und gar keine weitere Rücksicht genommen ist. Um so unbezweifelbarer nämlich ist dieser Sinn des jüngsten Reichsabschieds, weil die Desertion des Beweistermins nichts releviren kann, da das gemeine Recht, auf welches ausdrücklich verwiesen ist, sey es das römische oder das canonische, wie oben bemerkt worden ist, keinen peremtorischen Beweistermin, weder der Zeit, noch der Eigenschaft nach, kennt, und weil die Präclusion bey dem Mangel einer selbst, ihrer Eigenschaft nach, peremtorischen Beweisfrist gleichfalls für wirkungslos gehalten werden muß, auf jeden Fall aber durch den angeführten §. 73. dadurch für wirkungslos erklärt worden ist, daß in demselben nicht auf den §. 97. über die Folgen der Präclusion, und noch weniger auf die §§. 38. und 78. zurückgewiesen worden ist.

Gönner bemerkt daher eben so wahr als schön: „Man

muß das traurige Geständniß machen, daß sich die Verfasser des jüngsten Reichsabschieds nicht gleich blieben, daß sie in der Fassung des Appellationseides mit der einen Hand Alles wieder zerstört haben, was sie [nämlich durch die Bestimmungen über Verlust der Einreden und Präclusion] mit der andern zum wahren Vortheil des Justizwesens so schön aufgebauet hatten, daß sie mit dem Appellationseide der Chicane ein allzuweites Feld eröffneten. Es ist Inconsequenz in den Gesetzen, die aber keinen Diener des Gesetzes zu einer Abweichung von den Gesetzen berechtigt, und der theoretisch-wichtige Satz [nämlich über die Wirkungen der Desertion und Präclusion] verliert allen praktischen Werth, sobald der Appellant den bequemen Appellationseid schwört, der sogar darauf Rücksicht nimmt, was eine Parthey auszuführen für dienlich erachtete."

Ist das oben Ausgeführte also der wahre Verstand des bestrittenen §. 73. des jüngsten Reichsabschieds, so fallen alle Limitationen der oben bemerkten Prozeßlehrer, welche die Zulässigkeit des neuen Vorbringens, neben der Ausschwörung des Appellationseides, auch noch von einer noch nicht Statt gefundenen Desertion des Beweistermins, von der noch nicht erfolgten Präclusion des Appellanten mit dem Beweise, oder von dem geschehenen Antritte einigen Beweises in der ersten Instanz abhängig machen wollen, als unbegründet und unhaltbar hinweg, und es bleibt vielmehr als unerschütterlicher Grundsatz bestehen, daß den Vorschriften des jüngsten Reichsabschieds nach, in zweiter Instanz, ohne alle Rücksicht auf Desertion des Beweistermins oder auf Präclusion, neue Beweismittel beygebracht und ausgeführt werden können, falls nur von dem Producenten beschworen wird, daß er dieselben in erster Instanz nicht gekannt, oder beyzubringen für nicht nöthig erachtet habe.

C.

Es frägt sich nun weiter, inwiefern jene Bestimmungen des jüngsten Reichsabschieds durch eine

provincialrechtliche Festsetzung einer peremtorischen Beweisfrist abgeändert seyn würden?

Daß durch die Provincialgesetzgebung die Vorschriften der Reichsprozeßgesetze abgeändert werden konnten, ergeben nicht nur die bekannten Grundsätze über das Verhältniß der Provincialrechtsquellen gegen die Reichslegislation bey Privatrechts-Verhältnissen, sondern auch die vielen Provincial-Prozeßordnungen, worin solches, namentlich in Bezug auf das Beneficium novorum, geschehen ist [14].

Wenn nämlich, wie oben ausgeführt worden ist, die Verfügung des jüngsten Reichsabschieds §. 73., in Betreff der Zulässigkeit dieses beneficii, lediglich und allein auf das römische und canonische Recht verwiesen hat, welche keine peremtorische Beweisfrist, weder ihrer Eigenschaft, noch der Zeitdauer nach, kannten; wenn dieselbe ferner auf die über die Präclusion und Desertion selbst aufgestellten Grundsätze nicht zurückwieß, sondern inconsequenter Weise jene Zulässigkeit allein von der Ausschwörung des Appellationseides abhängig machte, so war die Territorial-Gesetzgebung wohl befugt, jene Inconsequenz zu verbessern und durch die gesetzliche Bestimmung einer peremtorischen Beweisfrist das Vorbringen neuer Beweismittel in der zweiten Instanz mittelbar von der Bedingung, daß jener Beweistermin eingehalten worden sey, auch noch neben der Ausschwörung des Appellationseides abhängig zu machen.

Dieses ist denn auch von Mevius und Gev. Ludw. Böhmer in den oben angeführten Stellen behauptet worden, indem sie den gemeinrechtlichen Standpunkt, so wie er durch das römische und canonische Recht, so wie durch die Reichslegislation aufgestellt worden, verlassend, angenommen haben: beneficium novae probationis excludi per terminum probatorium, *lege provinciali* praefixum.

---

14) Eine Aufzählung derselben s. in Mittermaier der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß. Beytrag III. (1823.) S. 58 — 60.

Auffallend ist es dagegen, daß sie diesen gewiß an und für sich sehr richtigen Satz, zu gleicher Zeit wieder dahin beschränkt haben: Id quod tamen de termino probatorio, *a judice primae instantiae definito*, dici nequit.

Jene Beschränkung ist nämlich, wenigstens in der Allgemeinheit, wie er aufgestellt worden ist, keinesweges haltbar.

Ist nämlich durch ein Provincialgesetz eine peremtorische Beweisfrist vorgeschrieben, so kann solches auf eine zwiefache Weise geschehen seyn. Einmal dadurch, daß diese Beweisfrist auch in Hinsicht der Zeitdauer vorgeschrieben ist, z. B. binnen sechs Wochen peremtorischer Frist; oder dadurch, daß nur die Eigenschaft der Beweisfrist als peremtorisch anerkannt worden ist, z. B. durch den allgemeinen Satz: die Beweisfrist ist präjudiciell oder peremtorisch; wogegen die Bestimmung der Zeitdauer derselben dem Richter selbst überlassen wurde.

Im ersten Falle ist es unbestreitbar, daß jener Beweistermin auf das Beneficium novorum einwirken muß; im letzteren Falle aber eben so gewiß anzunehmen, daß, falls das Gesetz die Beweisfrist für peremtorisch erklärt, die Bestimmung der Zeitdauer derselben aber dem Ermessen des Richters überlassen hat, jene richterliche Bestimmung der Zeitdauer eben so angesehen werden muß, als wenn das Gesetz selbst auch die Zeitdauer ausdrücklich vorgeschrieben hätte, und mithin eben so peremtorisch und bindend seyn muß, als die gesetzlich bestimmte Zeitdauer.

Hieraus ergibt sich denn gleichfalls auch die Unhaltbarkeit der Gründe, welche Mevius und Böhmer für ihre angenommene Beschränkung aufgestellt haben.

Mevius gibt nämlich als Grund an, weil die termini legales strenger beobachtet werden mußten, als die termini judiciales, erklärt sich aber nicht darüber, warum solches geschehen müsse, wenn die Beweisfrist selbst durch das

Gesetz für peremtorisch erklärt worden ist, und wird daher durch den oben ausgeführten Satz vollkommen widerlegt.

Böhmer, weil sich die vom Richter erster Instanz vorgeschriebene Beweisfrist nur auf die erste Instanz beziehe, qui (terminus) ad instantiam pertinet. Aber auch dieser Grund ist unpaßlich, denn wenn dem Richter der ersten Instanz wirklich das Recht zugestanden ist, Auflagen sub praejudicio praeclusionis zu erlassen, und die Präclusion auszusprechen, so ist nicht wohl abzusehen, warum diese Präclusivkraft nur innerhalb der Grenzen der ersten Instanz wirksam, und ihre Wirksamkeit sich nicht auch in allen übrigen Instanzen äußern sollte. Zu geschweigen, daß jene Böhmer'sche Behauptung jeder vernünftigen Rechtspflege widerstreiten, und zum größten Verschleife der Prozesse in den höheren Instanzen gereichen würde.

Jene Beschränkung würde sich mithin allenfalls nur für die Möglichkeiten rechtfertigen lassen:

a) wenn ein Provincialgesetz eine bestimmte räumlichere peremtorische Frist, auch ihrer Zeitdauer nach, festgesetzt hätte, als der Unterrichter in seinem Erkenntnisse vorgeschrieben hätte; oder

b) wenn die Provincialgesetzgebung ganz und gar keine peremtorische Beweisfrist ratione qualitatis et temporis kennte (es mithin bey den gemeinrechtlichen Bestimmungen geblieben seyn sollte), und der Richter solche nur allein aus der allgemeinen, ihm inwohnenden richterlichen Gewalt bestimmt hätte;

keinesweges aber für den Fall gelten können, wo das Gesetz die Beweisfrist zwar für peremtorisch und präjudiciell im Allgemeinen erklärt, die Bestimmung der Zeitdauer derselben aber dem Ermessen des Richters überlassen haben würde.